

CAPITOLO 14

RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

.....

Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 15 settembre 2005, n. 7

“Pur non potendosi escludere su di un piano di astratta logica che alla violazione da parte dell’Amministrazione dei termini di adempimento procedurali ad essa assegnati dalla legge possano riconnettersi conseguenze negative per la P.A. medesima, anche di carattere patrimoniale; nondimeno la soddisfazione di un interesse pretensivo leso in capo al soggetto privato dal ritardo nell’adozione da parte dell’Amministrazione di un richiesto provvedimento può consistere in una riparazione per equivalente (in sostanza, in un risarcimento del danno) solo allorché la mancata o ritardata adozione dell’atto richiesto abbia comportato un pregiudizio al bene della vita che sottende l’interesse pretensivo medesimo, in rapporto all’interesse pubblico al quale quest’ultimo si giustappone; ciò accade nel solo caso in cui il provvedimento richiesto e non adottato, ovvero adottato in ritardo, si configuri come favorevole per il privato istante, e non anche laddove esso compendi un rigetto dell’istanza presentata dal privato medesimo”.

Quella sopra massimata è la sentenza con cui l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha definitivamente risolto il contrasto giurisprudenziale inerente alla possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da ritardo per il solo fatto che non fosse stato emanato il provvedimento richiesto nei tempi previsti dalla legge e, dunque, indipendentemente dall’effettiva spettanza del bene della vita preteso dal privato.

Sul punto si confrontavano in dottrina e giurisprudenza due opposte teorie.

La teoria del tempo come autonomo bene giuridico subordinava il risarcimento del danno da ritardato o mancato esercizio del potere amministrativo alla sola condizione che la P.A. fosse incorsa in una violazione del termine procedimentale, a prescindere da ogni ulteriore verifica in ordine alla fondatezza o meno dell’istanza avanzata dal privato e, quindi, del tutto indipendentemente dalla spettanza o meno del bene della vita in capo a costui.

Secondo la tesi del danno da ritardo ancorato alla spettanza del bene della vita, invece, la pretesa risarcitoria avanzata dal privato a fronte del ritardo o della mera inerzia della P.A., poteva trovare accoglimento solo in caso di fondatezza dell'istanza e cioè solo quando l'interesse legittimo pretensivo di cui si era lamentata la lesione avesse ad oggetto l'emanazione di un atto amministrativo di segno favorevole per il privato.

A comporre il descritto dibattito giurisprudenziale è intervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza 15 settembre 2005, n. 7 ha escluso la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno da ritardo per il solo fatto che non fosse stato emanato il provvedimento richiesto nei tempi previsti dalla legge e, dunque, indipendentemente dall'effettiva spettanza del bene.

La questione dell'autonoma risarcibilità del danno da ritardo svincolato dall'accertamento della spettanza del bene della vita, che sembrava essere stata risolta dalla decisione della Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n.7, si è riaccesa a seguito della introduzione dell'art. 2-bis nella L. 7.08.1990, n. 241 ad opera della L. 18.06.2009, n. 69, il cui primo comma prescrive: "*le pubbliche amministrazioni sono tenute al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*". Dalla lettura della norma *de qua* sembrava, infatti, che il legislatore, contrariamente agli orientamenti minoritari espressi dalla giurisprudenza amministrativa, avesse ritenuto che la condanna al risarcimento del danno non dovesse essere più condizionata all'accertamento della "spettanza" del bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, essendo sufficiente "*l'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*".

I teorici del diritto amministrativo e i giudici di primo e di secondo grado hanno diversamente individuato i suggerimenti interpretativi traibili dal testo della disposizione citata sia in ordine al carattere che in ordine ai presupposti di risarcibilità del danno ingiusto.

Nella dottrina amministrativista, accanto ad una posizione conservatrice si è posto un orientamento incline a rinvenire nella norma in questione spunti normativi utili per una nuova configurazione del danno da ritardo.

Più in dettaglio, secondo una prima impostazione, la genericità e il carattere anodino della norma non potevano ritenersi idonei a comportare alcun mutamento dei consolidati indirizzi giurisprudenziali formatisi in materia. Dunque, anche nel vigore della nuova norma, il danno da ritardo era risarcibile solo previo accertamento del ritardo nel provvedere rispetto ai tempi procedurali normativamente fissati e della spettanza del bene della vita ingiustamente negato.

Altra parte della dottrina riteneva, invece, che con l'art. 2-bis il legislatore avesse inteso avallare l'opzione interpretativa che considera il tempo come "*bene della vita meritevole di autonoma dignità e suscettibile di tutela risarcitoria*". Secondo

questa diversa impostazione, dunque, il danno da mancata tempestiva definizione del procedimento doveva ritenersi, dopo l'entrata in vigore del citato articolo 2-bis, risarcibile indipendentemente dalla lesione del bene finale della vita al cui conseguimento è rivolta l'istanza del privato.

Dello stesso tenore i contrasti interpretativi formati in seno alla giurisprudenza amministrativa ove le nuove indicazioni normative fornite dal legislatore nazionale non hanno dipanato i dubbi interpretativi che il Consiglio di Stato sembrava aver risolto con la sentenza dell'Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7.

Ed invero, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 2 bis Legge 7 agosto 1990, n. 241 parte della giurisprudenza, ad oggi maggioritaria, ha continuato a riprodurre i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria 15 settembre 2005, n. 7, affermando in particolare che la norma appena menzionata non consente il risarcimento di una aspettativa all'agire legittimo dell'Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui il privato anela al momento della proposizione dell'istanza (cfr: T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 24 febbraio 2011 n. 1720; Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2535; Consiglio di Stato, sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6609; Consiglio di Stato, sez. V, 24 marzo 2011, 1796). Altra parte dei giudici amministrativi hanno ritenuto di poter ricavare dalla lettera della norma in esame, spunti utili per affermare la risarcibilità del danno da ritardo indipendentemente dall'accertamento sulla spettanza del bene della vita. Secondo questa diversa impostazione, la nuova previsione normativa costituisce una disposizione di carattere sistematico che, nel qualificare la condotta dell'Amministrazione "*inadempiente*" nell'ipotesi di "*inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*" ha inteso elevare il tempo a bene della vita degno di autonoma tutela risarcitoria (Cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2011 n. 1271; C.G.A.R.S., 24 ottobre 2011, n. 684; Consiglio di Stato, sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 65).

Diversi gli approdi di ciascuna delle teorie esposte in punto di accertamento del danno risarcibile.

I sostenitori della tesi del danno da ritardo ancorato all'accertamento dell'effettiva spettanza del bene della vita sostenevano, per lo più, la tesi della pregiudiziale amministrativa: la spettanza del bene della vita non avrebbe potuto essere accertata dal giudice, ma dall'Amministrazione, pena la violazione del principio di separazione dei poteri. Pertanto, secondo l'impostazione in commento, di fronte all'inerzia della P.A. il singolo avrebbe dovuto prima impugnare tale inerzia con la procedura di cui all'art. 21-bis L. T.A.R., al fine di obbligare l'Autorità amministrativa a condurre una specifica valutazione di carattere discrezionale circa la spettanza al privato richiedente del bene dal medesimo richiesto e, successivamente, esperire in giudizio un'azione di risarcimento del danno (nell'ipotesi in cui il provvedimento emanato avesse soddisfatto l'istanza avanzata) o un'azione di annullamento del

provvedimento finale (nell'ipotesi in cui quest'ultimo avesse rigettato l'istanza del privato). Ad identica conclusione si perveniva, secondo la tesi *de qua*, anche nell'ipotesi in cui si intendesse contestare in giudizio il danno per il ritardo con cui era intervenuto un provvedimento dal contenuto negativo per l'interessato: in siffatta ipotesi il privato era tenuto ad impugnare il provvedimento di diniego della P.A. con tempestivo ricorso giurisdizionale (pregiudiziale amministrativa) e, solo una volta ottenuto l'annullamento, avrebbe potuto rivolgersi al giudice amministrativo al fine di ottenere il risarcimento del danno da ritardo.

I sostenitori della tesi del tempo come autonomo bene della vita si sono divisi tra quanti ritenevano che il ritardo nella formazione del provvedimento comportasse *ipso iure* l'emersione di un danno risarcibile (Cfr.: C.G.A.R.S., sentenza 24 ottobre 2010, n. 684) e quanti, invece, ritenevano che il ritardo fondasse solo una mera situazione fattuale dalla quale poi il ricorrente doveva dimostrare la derivazione di un danno economicamente valutabile (Cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 28 febbraio 2011, n. 1271).

Il Codice del processo amministrativo non ha risolto il problema dell'esatta configurazione del danno da ritardo, ma ha superato la tesi della pregiudiziale amministrativa.

L'art. 30, commi 1°, 2° e 3° comma c.p.a., infatti, in un'ottica di generale ripudio della pregiudiziale amministrativa, ha previsto un'autonomia temperata dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento e una temperata autonomia dell'azione risarcitoria per danno da ritardo rispetto al ricorso avverso il silenzio. Il 2° comma della disposizione citata prescrive, infatti, che l'azione di risarcimento del danno può essere autonomamente esperita sia nel caso in cui il danno ingiusto derivi dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, sia nell'ipotesi in cui derivi dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Il legislatore del codice del processo amministrativo, tuttavia, sebbene abbia reciso il nesso fra azione risarcitoria ed annullamento del provvedimento in sede di valutazione dell'antigiuridicità della lesione, ha restituito valore a siffatto nesso al momento della valutazione del *quantum* risarcibile, ossia della possibile eliminazione o riduzione delle conseguenze dannose derivanti dall'illecito. Ed invero, il comma 3 dell'art. 30 c.p.a. nel prevedere che *“il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”*, richiama un meccanismo analogo a quello dell'art. 1227 c.c. L'applicazione di detta regola all'agire amministrativo comporta l'impossibilità di addebitare alla Pubblica Amministrazione quei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare attivando tempestivamente il rimedio avverso il silenzio o impugnando tempestivamente il provvedimento di diniego.

Ciò comporta che se si sposa la tesi del tempo come autonomo bene della vita, sarà possibile esperire un'autonoma azione risarcitoria entro un anno dalla scaden-

za del termine per provvedere (nell'ipotesi di danno da inerzia) o centoventi giorni dall'emanazione del provvedimento (nel caso di danno da provvedimento tardivo favorevole o sfavorevole).

Se, al contrario, si sposa la tesi del danno da ritardo derivante dalla spettanza del bene della vita, l'azione risarcitoria autonoma sarà esperibile, come sopra, sia nel caso di danno da inerzia, sia nel caso di danno da provvedimento tardivo sfavorevole, sia nel caso di danno da provvedimento tardivo favorevole. Tuttavia, mentre nel caso di danno da provvedimento tardivo favorevole il giudizio sulla spettanza del bene della vita non desta perplessità perché si tratta di un accertamento già contenuto nel provvedimento amministrativo, nel caso di azione di risarcimento del danno cagionato dalla totale inerzia amministrativa o da un provvedimento tardivo sfavorevole, il giudice amministrativo potrà valutare la spettanza del bene solo nell'ipotesi in cui ciò presupponga l'esercizio di un potere vincolato da parte della P.A. e non anche nel caso in cui si tratta di una valutazione discrezionale che spetta solo alla P.A. compiere. Ciò, peraltro, analogamente a quanto avviene nel rito sul silenzio ove la possibilità per il giudice amministrativo di pronunciarsi sulla fondatezza dell'istanza e i limiti che connotano tale attività, è oggi espressamente disciplinata dall'articolo 31, 3° comma c.p.a. che espressamente dispone: *“Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione”*.

Ciò detto, si noti che l'autonoma proponibilità dell'azione risarcitoria è solo una possibilità oggi espressamente contemplata nel codice del processo amministrativo.

Rimane ferma la possibilità dell'interessato di impugnare il provvedimento sfavorevole e proporre la domanda risarcitoria successivamente o contestualmente alla proposizione del medesimo. Così come rimane ferma la possibilità dell'istante, nel caso di danno da ritardo cagionato dall'inerzia amministrativa, di esperire il ricorso avverso il silenzio e proporre l'azione risarcitoria contestualmente o successivamente ad esso, una volta ottenuto il provvedimento favorevole in sede di riedizione del potere.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 5 settembre 2005, n. 6

“In materia di contratti della P.A. e di selezione del contraente, la violazione delle regole di correttezza ex art.1337 c.c. assume rilevanza e significato solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente degli effetti vantaggiosi (es. aggiudicazione) e questi siano venuti meno, trasformandosi in affidamenti senza seguito”.

In merito alla configurabilità di una responsabilità di tipo precontrattuale della P.A. si è registrato in giurisprudenza un dibattito lungo ed articolato.

Fino agli anni sessanta la giurisprudenza escludeva l'estensibilità alla Pubblica Amministrazione dei principi della *culpa in contraendo*, facendo leva sulla presunzione di correttezza del comportamento tenuto dai soggetti pubblici e sull'inammissibilità di un eventuale sindacato del giudice ordinario sulle scelte amministrative discrezionali.

Le superiori considerazioni vennero ribaltate solo nei primi anni sessanta, quando la giurisprudenza iniziò a recepire l'insegnamento dottrinale secondo cui ai fini della responsabilità precontrattuale ciò che si chiede al giudice non è di valutare se il soggetto amministrativo si sia comportato da "*corretto amministratore*", ma se si sia comportato da "*corretto contraente*". Il giudice ordinario, dunque, non è chiamato a valutare un comportamento che la P.A. pone in essere nell'esercizio di un potere pubblicistico, una scelta amministrativa discrezionale, ma un contegno che la P.A. pone in essere *iure privatorum*. Sicché, l'intervento del giudice ordinario non può ritenersi contrario all'art. 4 della Legge abolitiva del contenzioso.

All'inizio, tuttavia, la responsabilità precontrattuale della P.A. è stata ammessa in ipotesi circoscritte ossia solo nel caso in cui la P.A. avesse scelto, quale modalità di selezione del contraente, la trattativa privata: solo in queste ipotesi la P.A. avrebbe operato come qualunque altro privato, e sarebbe dunque, stata assoggetta al rispetto dei precetti di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c. e al sindacato del giudice ordinario.

Si escludeva, al contrario, che potesse configurarsi in capo alla P.A. una responsabilità di tipo precontrattuale nell'ipotesi in cui l'Amministrazione si fosse avvalsa, nella scelta del contraente, di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica (pubblico incanto, licitazione privata o appalto concorso). In tale ipotesi, in capo ai partecipanti sarebbe stata ravvisabile solo una posizione di interesse legittimo al corretto svolgimento del procedimento di scelta. La procedura ad evidenza pubblica, in altri termini, escludeva la possibilità di rinvenire una relazione specifica tra soggetti e un obbligo di comportamento secondo buona fede in capo alla P.A.

Successivamente, la Corte di Cassazione ha esteso la configurabilità di una responsabilità di tipo precontrattuale in capo alla Pubblica Amministrazione anche all'ipotesi in cui il contraente fosse stato scelto tramite una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, distinguendo, però, a seconda che l'illecito fosse stato commesso prima o dopo il momento dell'aggiudicazione.

La fase precedente all'aggiudicazione veniva considerata squisitamente pubblicistica e, quindi, veniva esclusa, in tal fase, la possibilità che la P.A. incorresse in responsabilità di tipo precontrattuale (il privato non aveva ancora assunto la qualità di futuro contraente ma era soltanto titolare di un mero interesse legittimo al corretto esercizio del potere di scelta della P.A.).

La fase successiva all'aggiudicazione veniva considerata, invece, squisitamente privatistica: con l'aggiudicazione, il soggetto partecipante alla gara assumeva la veste di futuro contraente e la P.A. poteva incorrere in responsabilità di tipo precontrattuale in caso di violazione dell'art. 1337 c.c.

Tale ricostruzione, a lungo seguita in giurisprudenza, ed avallata anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza sopra indicata, è stata criticata in dottrina la quale ha escluso che in una procedura ad evidenza pubblica potessero distinguersi due distinte fasi, una privatistica e l'altra pubblicistica: anche la fase pubblicistica doveva considerarsi parte integrante delle trattative, in quanto strumento di formazione progressiva del consenso contrattuale. Sicché, la responsabilità precontrattuale della P.A. poteva configurarsi anche nella fase precedente all'emanazione del provvedimento di aggiudicazione.

I suggerimenti della dottrina sono stati condivisi dalla giurisprudenza più recente. La responsabilità precontrattuale non consegue alla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione, ma alla violazione delle regole di diritto comune che regolano il comportamento di qualunque soggetto nella fase precedente alla conclusione del contratto. La responsabilità precontrattuale, dunque, non è una responsabilità da provvedimento ma da comportamento che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto all'autodeterminazione negoziale. In base a tale assunto è stata ritenuta imputabile alla stazione appaltante una responsabilità di tipo precontrattuale nell'ipotesi di revoca degli atti di gara che, benché legittima (perché, ad esempio, giustificata dalla sopravvenuta mancanza di finanziamenti necessari a far fronte alle spese del contratto), si sostanzia nella violazione del dovere generale di buona fede e correttezza nelle trattative precontrattuali di cui all'art. 1337 e 1338 c.c. Il provvedimento di revoca, infatti, se tutela l'interesse pubblico a non pervenire alla stipula di un contratto alla cui spesa non si può più far fronte, non esclude la lesione dell'affidamento del singolo negli atti della procedura concorsuale poi rimossi.